

# VU Research Portal

## Enkele opmerkingen over een voorstel voor een protocol voor het opstellen van testamenten van mogelijk wilsonbekwamen

Ebben, E.W.J.

### ***published in***

Nieuw Erfrecht  
2005

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Ebben, E. W. J. (2005). Enkele opmerkingen over een voorstel voor een protocol voor het opstellen van testamenten van mogelijk wilsonbekwamen. *Nieuw Erfrecht*, 2005(6), 97-99.  
[http://periodieken.bju.nl/index.php?module=periodicals&periodical\\_id=12&issue\\_id=833](http://periodieken.bju.nl/index.php?module=periodicals&periodical_id=12&issue_id=833)

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Enkele opmerkingen over het voorstel van een protocol

## 1 Inleiding

In *WPNR* 6630 (2005) heeft Waaijer, naar aanleiding van een artikel van Jennekens en Jennekens-Schinkel in datzelfde nummer van het weekblad, een proeve gepresenteerd van een protocol voor het passeren van een testament van een mogelijk wilsonbekwame testateur.

Daarin wordt de procedure beschreven die een notaris die twijfelt aan de wilsbekwaamheid van de testateur, kan volgen om aan bepaalde zorgvuldigheidseisen te voldoen. Hij zou de vastlegging ervan kunnen gebruiken bij de verantwoording naar derden toe en in een eventuele procedure tot aantasting van het testament op grond van veronderstelde wilsbekwaamheid.

Het genoemde artikel gaat uit van de specifieke situatie van de dementerende testateur, en Waaijer sluit hierbij aan in zijn proeve. Daarbij moet worden aangetekend dat de problematiek uiteraard ruimer is dan alleen die van demantie en andere ouderdomsproblemen, het gaat in het algemeen om de wilsbekwaamheid van de testateur en de omstandigheden waaronder de uiterste wil wordt opge maakt.

Ik wil in deze bijdrage een paar punten aan de orde stellen en met name bekijken wat het praktisch nut van zo'n protocol kan zijn.

Doel van het protocol is om de notaris, die immers geen expert is op het terrein van de geestelijke gezondheidszorg, bij het passeren van testamenten van personen die mogelijk wilsonbekwaam zijn, een steun te geven en de notaris de mogelijkheid te geven zich na het openvallen van het testament te verantwoorden wanneer de geldigheid van het testament in het geding mocht komen.

## 2 De uiterste wil

Een uiterste wilsbeschikking is een eenzijdige rechtshandeling, waarbij een erflater een beschikking maakt die eerst werkt na zijn overlijden en die in dit Boek is geregeld of in de wet als zodanig wordt aangemerkt, zo leert ons artikel 4:42 lid 1 BW. De uiterste wilsbeschikking is dus een *rechtshandeling*, een op rechtsgevolg gerichte wilsuiting, die zich door een verklaring openbaart (art. 3:33 BW). Het is ook een *eenzijdige* rechtshandeling, dat wil zeggen dat de wilsverklaring van één persoon voldoende is om het rechtsgevolg te bewerkstelligen. Daarnaast is de uiterste wilsbeschikking een *ongerichte* rechtshandeling; de rechtshandeling is voor haar rechtsgevolg niet afhankelijk van het bereiken van een geadresseerde. Ongeacht op wie de inhoud zich richt (bijvoorbeeld een erfstelling of een onterving), de rechtshandeling betreft het maken van de beschikking, het uiteindelijke effect ervan na het overlijden staat los van het rechtsgevolg dat de eenmaal gemaakte uiterste wilsbeschikking heeft.

Het bijzondere van de uiterste wilsbeschikking is in dat verband dat deze slechts door de erflater *persoonlijk* gemaakt en herroepen kan worden. Vertegenwoordiging is daarbij niet mogelijk. En uiterste wilsbeschikkingen kunnen slechts in een uiterste wil worden gemaakt.

Die uiterste wil, die deze uiterste wilsbeschikkingen bevat, is de akte bedoeld in artikel 4:92 e.v. BW, waar de wet de vormvoorschriften geeft.

De eenzijdige ongerichte rechtshandeling van een onbekwame is nietig (art. 3:32 lid 2 BW). Van onbekwaamheid is sprake wanneer het betreft handelingsonbekwaamheid, zoals bij minderjarigheid (art. 1:234 lid 1 BW) en curatele (art. 1:381 lid 2 BW). Voor de uiterste wil geldt dat minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren hebben bereikt, en zij die op een andere grond dan geestelijke stoornis onder curatele zijn gesteld, zonder beperkingen een uiterste wil kunnen maken (art. 4:55 lid 1 BW). De wegens geestelijke stoornis onder curatele gestelde kan slechts met toestemming van de kantonrechter een uiterste wilsbeschikking maken (art. 4:55 lid 2 BW). Deze uitbreiding van de algemene bekwaamheid om een uiterste wilsbeschikking te maken betekent dat, wanneer de uiterste wil bij notariële akte wordt gemaakt, de notaris zich slechts summier van de bekwaamheid van de testateur hoeft te vergewissen.

## 3 De geestelijke stoornis

Nu kan het echter gebeuren dat iemand die op zichzelf bekwaam is om een uiterste wilsbeschikking te maken als hierboven bedoeld, aan een zodanige geestelijke stoornis lijdt, dat deze een redelijke waardering van de bij de rechtshandeling (het maken van de uiterste wilsbeschikking) betrokken belangen belet. De testateur behoort dan tot de categorie van hen die bekwaam zijn om een uiterste wil te maken, maar voor hem persoonlijk zijn er zodanige invloeden dat zijn besluitvorming daardoor zodanig wordt beïnvloed dat niet gezegd kan worden dat hij het rechtsgevolg ook daadwerkelijk heeft gewild. Een eenzijdige ongerichte rechtshandeling wordt, wanneer deze tot stand gekomen is onder invloed van een dergelijke geestelijke stoornis, als gevolg daarvan nietig (art. 3:34 lid 2 BW).

Nu een dergelijke geestelijke stoornis, zelfs als de testateur er zelf al van op de hoogte is, nergens wordt geregistreerd, heeft de notaris hier een bijzondere zorgplicht. Om immers te zorgen dat hij geen nietige uiterste wilsbeschikkingen in de akte opneemt, zal hij er zich van moeten vergewissen dat de testateur niet door een geestelijke stoornis als hier bedoeld wordt belemmerd. Het gaat daarbij om het moment waarop de akte wordt gepasseerd (art. 4:55 lid 3 BW). Dat exacte tijdstip is beslissend. Dat is echter vreemd, wanneer men bedenkt hoe zo'n uiterste wil tot stand komt. Juist in de periode waarin de uiterste wilsbe-

schikkingen aan de notaris worden opgegeven en waarin het concept wordt besproken, is het gewenst dat de testateur zich alle gevolgen realiseert. Dat hij vervolgens bij het passeren van de akte zelf zijn volledige verstandelijke vermogens bezit, is mooi meegenomen.

#### 4 De rol van de notaris

Nu moet gezegd worden dat de notaris niet de best toegearmde persoon is om de geestelijke toestand van wie dan ook, maar in dit geval van de testateur, te beoordelen. Waaijer geeft een negental punten (punt 5 heeft een zevental subonderdelen) die een notaris in acht dient te nemen. De meeste van deze punten zijn niet nieuw, immers de materie is dat ook niet; er is al vaker over nagedacht. De aangedragen punten stelen, zoals verwacht mag worden, op de praktijk. Een zorgvuldig notaris zal het protocol niet nodig hebben om zich te verantwoorden, hij zal er ook weinig nieuws in lezen. Interessanter lectuur is het voor de notaris die meent dat hij zelf wel weet wanneer de testateur bekwaam is en wanneer niet. Deze notaris gaat uit van de redenering: als ik enige twijfel had over de bekwaamheid, dan zou ik de akte niet gepasseerd hebben; nu ik dat wel gedaan heb, was de testateur (dus!) wilsbekwaam. Met name punt 5 uit Waaijers voorstel, waar hij uitgebreid op de bij het passeren te betrachten voorzichtigheid ingaat, zal voor de betreffende notaris lezenswaardig zijn.

De vraag is echter of die bewuste notaris er ook veel van zal opsteken. Ik wil een aantal punten naar voren brengen die in deze discussie vaak naar voren gebracht worden en die als argumenten tegen het in het protocol voorgeschreven handelen gezien kunnen worden.

- 1 Als notaris heb ik alleen met de testateur van doen. Het is aan mij om zijn bekwaamheid te toetsen en bij derden, zeker als dat familie is (zie punt 2 van de proeve), informeer ik al helemaal niet. Die hebben immers hun eigen belangen.
- 2 Het heeft helemaal geen zin om artsen iets te vragen (zie punt 3 en 7 van de proeve), die beroepen zich toch altijd meteen op hun beroepsgeheim. Van hen is nooit zinnige informatie te verkrijgen.
- 3 Ik ben altijd zorgvuldig, dus is een checklist aan mij niet besteed (punt 5 van de proeve), bovendien is het de uiterste wil van de testateur; ik doe wat hij mij vraagt, hoe vreemd dat ook mag klinken; u vraagt, wij draaien.
- 4 Als ik het testament passeer, dan is het in orde, anders zou ik niet gepasseerd hebben. Ik heb daarbij dus geen overleg of advies van anderen nodig. Bovendien hoeft de testateur slechts bekwaam te zijn op het ogenblik dat de akte gepasseerd wordt. Daar sta ik als notaris voor in. En als 'men' het er niet mee eens is, dan proberen ze achteraf maar om het testament te laten vernietigen; ik wens ze veel succes. Daarom hoef ik ook geen aantekeningen te maken of getuigen te vragen, want dat geeft alleen maar aan dat ik twijfels had. Als ik die gehad zou hebben, zou ik misschien niet hebben mogen passeren; laat ik alle twijfel uitsluiten door gewoonweg te passeren.

Het voorstel voor een protocol is zeker toe te juichen, maar ik vrees dat het erop neer zal komen dat de goede notaris het protocol volgt en zich daarmee naar buiten toe kan verantwoorden, terwijl de notaris die 'even' langswipt in het ziekenhuis voor een testament, zich er niets aan gelegen zal laten liggen. Wanneer die laatste er dan op wordt aangesproken, zal hij zeggen: 'Maar er was in mijn ogen geen reden om zelfs maar het protocol te volgen, want ik had geen aanleiding om aan de wilsbekwaamheid van de testateur te twijfelen.' Zeker wanneer de notaris die weigert om zich te verdiepen in de achtergrond van de testateur, kan zeggen 'maar daarvan wil ik niets weten'. Want dan zou ik misschien het protocol moeten volgen en dan is er op zichzelf reeds reden om te twijfelen of ik wel moet passeren. Dan is het beter om alle twijfel uit te sluiten. Zelfs wanneer daarvoor de kop in het zand moet worden gestoken.

'Laat ze maar proberen het testament onderuit te halen.'

Die opmerking brengt mij bij de kwellend kort gehouden passage in Waaijers inleiding over het bewijsrechtelijke aspect. Wat zal uiteindelijk het bewijsrechtelijke effect van het protocol zijn? Zal het de positie van de derden, die de geldigheid van het testament betwisten, versterken in dier voege dat de door de notaris gevoelde twijfel hen sterkt (immers: in geval van twijfel niet passeren, punt 8). Of wordt de positie van de notaris sterker, doordat het protocol de geldigheid van het testament garandeert?

Dat laatste in elk geval niet. Ook een onder een zuiver protocol gemaakte uiterste wil kan worden vernietigd wanneer achteraf, bijvoorbeeld door getuigenbewijs, de wilsonbekwaamheid van de testateur op het moment van het passeren van de akte wordt aangetoond. Dat zal, naarmate de protocolvoering beter is geweest, des te onwaarschijnlijker zijn, maar uitgesloten is het niet.

Is een uiterste wil die door een protocol wordt ondersteund, sterker dan een die zonder protocol wordt gemaakt? Dit is de cruciale vraag. Wanneer achteraf de geldigheid van het testament betwist wordt, kan de zorgvuldige notaris zich verantwoorden en, met behulp van de verschaft informatie door familie en medici, de getuigen en zijn eigen aantekeningen, de geldigheid van het testament proberen staande te houden. Maar aan de andere kant zou een derde uit deze informatie wel eens een andere conclusie kunnen trekken dan de notaris (en zijn adviseurs), namelijk dat in dit geval niet gepasseerd had mogen worden.

De onzorgvuldige notaris haalt de schouders op en zegt 'zoek het maar uit'. Ik wil helemaal niet precies weten hoe het met mijn cliënt eigenlijk is gesteld, dat is alleen maar lastig. Wanneer derden dan achteraf met informatie komen over de wilsonbekwaamheid van de testateur kan de notaris in alle onschuld verklaren daarvan niets te weten en bewijsrechtelijk is hij in een eventuele procedure over de (on)geldigheid van de uiterste wil in elk geval niet slechter af dan de zorgvuldige notaris. En dat is mijns inziens niet terecht.

In een procedure betreffende de geldigheid van een mogelijk wilsonbekwame, waar het op de geldigheid van

de rechtshandeling aankomt, kan men aan een dergelijk protocol echter geen groot gewicht toemeten. Daar komt het immers aan op de uitspraak van de expert op het gebied van de geestelijke vermogens en wat deze kan verklaren omtrent de (vermoedelijke) geestelijke vermogens van de testateur op de datum waarop het testament is gepasseerd. Echter, waar het protocol zeker zijn nut zal hebben, is in een eventuele (tucht)procedure betreffende de vraag of de notaris die onder deze omstandigheden het testament gepasseerd heeft, wel zorgvuldig heeft gehandeld. Een niet onbelangrijke kwestie.

## 5 Conclusie

Een protocol voor het passeren van testamenten van mogelijk wilsonbekwame testateurs is zeker toe te juichen. Echter, er kunnen vragen gesteld worden bij de uitvoering ervan. Mijs inziens zal een zorgvuldige notaris zich steeds van het protocol bedienen, maar zal een notaris die het niet zo nauw neemt, zich minder geroepen voelen er gebruik van te maken. In een mogelijke procedure zal de zorgvuldige notaris in het voordeel zijn. Hij kan aantonen dat ook anderen zijn mening over de wilsbekwaamheid deelden. De onzorgvuldige notaris kan echter brutaalweg stellen dat er gewoonweg geen reden was om het protocol te vol-

gen omdat hij geen spoor van twijfel had aan de wilsbekwaamheid. Bewijsrechtelijk is deze notaris niet slechter af dan de zorgvuldige notaris, bovendien heeft hij niet meegeholpen aan het vergaren van bewijs voor een mogelijke procedure en hij heeft er ook nog eens beduidend minder werk aan gehad dan zijn zorgvuldige collega.

Wel zal in de (tuchtrechtelijke) procedure omtrent de vraag of de notaris zorgvuldig heeft gehandeld, het bestaan van een protocol een groot verschil maken. De zorgvuldige notaris mag misschien gepasseerd hebben op een moment dat de testateur niet (meer) zijn verstandelijke vermogens bezat, maar dan heeft hij in elk geval deskundigen geraadpleegd op wiens oordeel hij redelijkerwijs mocht vertrouwen. Dat is wat anders dan dat de notaris zichzelf die kennis en kunde aanmeet, zeker wanneer hij daarbij duidelijk te kennen geeft aan informatie van derden geen behoefte te hebben. Van zorgvuldigheid is dan geen sprake meer.

In deze gevallen denk ik dat het gebruik van het protocol een instrument zal zijn waarmee het notariële kaf van het koren kan worden gescheiden. En dat kan de beroepsgroep alleen maar ten goede komen. Vandaar dat ik dit protocol van harte toejuich.

MR. E. W. J. EBBEN

---